

法律沒規定，就讓法官說了算？什麼是民事習慣法跟法理？

文:黃蓮瑛（認證法律人）、鄭育穎（認證法律人）· 法律入門 · 2026-01-23

案例

年老的A有B、C兩位子女，都已經成年。A覺得B是貼心的孩子，樂於照顧別人，徵得B同意後搬到B家一同生活。但是A對B表示，C這個孩子成天都只想著他的財產，完全沒有心思在家人身上，他不想再跟C有來往，也囑咐B不要把他現在住的地方告訴C，他不希望這麼老了還要常常被C打擾。

C為了得知A的住處，向法院起訴，主張民間向來有孝親的「習慣」，所以法律應該保障自己有探視父母的權利。但是翻開我國民法，裡面並沒有一條規定「子女具有探視父母的權利」，請問C可以主張基於「習慣」或「法理」，享有探視父母的權利嗎^[1]？

註腳

[1] 本案例參考與改寫自臺灣高等法院花蓮分院民事判決112年度家上字第3號民事判決。

本文

一、民法沒有規定時，要如何處理？

翻開整部民法典，即使已有高達一千多條規定，但社會日新月異，法律趕不上社會變化，難免百密一疏。在民事事件中，如果遇到法律沒有明文規定的情形，許多人可能疑惑，這時是否就交給法官說了算呢？法官可以因此不審理嗎？

依據民法第1條規定，在法律沒有明文規定的情形，法官必須先以「習慣」作為判斷標準；沒有法律與習慣時，則必須依照「法理」來判斷^[1]。因此，民事訴訟中，即使發生法律沒有規定的狀況，法官也不能因此不處理，也不會交給法官任意決定。

二、什麼是習慣？

（一）習慣法的要件

「習慣」是指「習慣法」，必須同時具備「多年慣行的事實」及「社會大眾的確信心」兩個要件^[2]。

「多年慣行的事實」是指多數人長時間以來，反覆進行同一行為的事實；至於「社會大眾的確信心」，則是指

人們因長時間進行這個多年慣行的事實，進而相信與認為要受到約束，就如同遵守法律一樣。

根據這兩個標準，我們平日裡的生活習慣並不會輕易被認為是民法第1條所說的「習慣」；只有那些社會大眾確信具有約束力，且人人都應該遵守，才能維持群居生活的慣行，才屬於這裡所說的「習慣」^[3]，並且這個「習慣」必須沒有違背公共秩序或善良風俗，才可能被法院承認^[4]。

（二）習慣法有什麼例子？

實務上曾經承認的習慣有哪些呢？例如：在日治時期，家產並不屬於戶長的私有財產，而是家屬全體的共同共有財產^[5]；又或者，在早期社會中，土地的買方與賣方將一同繞行土地一圈，當作土地所有權正式移轉給買方的方式^[6]。由此可知，「習慣」的承認和時代背景有密切關係。

三、什麼是法理？

（一）法理的意義與例子

「法理」是指那些雖然沒有明文規定在法條中，但可以從法律的根本精神中推導得出的法律一般原則^[7]。而這些原則是社會一般認為必須遵守的行為規範^[8]。舉例而言，像是「相類似案件，應為相同之處理」（也就是「平等原則」）^[9]、「公平正義原則」^[10]，都屬於法理。

另外，在新法制定之後，對於舊法時代發生的法律問題，法院也可以把新規定當作舊法時代的法理，加以適用^[11]。例如土地有設定抵押權而所有權人拋棄土地所有權，過去並沒有規定要經過抵押權人同意，直到2009年才增訂民法第764條第2項^[12]，必須得到抵押權人的同意，以此保障第三人的利益。實務上會認為，在這條條文增訂前有拋棄物權的情形，也可以引用這條新規作為法理，來維護社會正義^[13]。

（二）法無明文規定時為何可以適用法理？

為什麼在法律並無規定，也沒有習慣可以參照時，可以使用法理作為判斷標準呢？原因在於，法理是法律的根本精神，當法律疏於規範某些事項，使現行規定不足以應付社會需求時，我們可透過法律的根本精神來解決問題，使公平正義最終仍得到實現^[14]。

四、結論

雖然立法者窮盡一切努力制定法律，但還是不免有法律趕不上社會變化的時候。當法律欠缺導致無法解決現實中的問題時，民事法院必須以「習慣」作為判斷標準；如也沒有相關習慣法可以參考時，法院必須依「法理」作為判斷標準。

回到前面的案例，我國法律沒有明文規定「成年子女有探視父母的權利」，法院認為雖然社會上有成年子女定期探望父母，但同時也存在比較少探望，甚至幾乎不與父母往來的情形，因此「探視父母」沒有達到「社會大

眾的確信心」的程度，並不是民法第1條所規定的習慣，此外，也必須尊重A的見面意願，法院沒有必要依法創設「子女有探視父母的權利」，來強制要求A接受C的探視，因此駁回C的請求^[15]。

註腳

- [1] 民法第1條：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」
- [2] 最高法院98年度台上字第1910號民事判決：「又習慣法之成立，須以多年慣行之事實及普通一般人之確信心為其基礎。故法院認定習慣法則與認定事實，同應依法為種種之調查，以資認定，不得憑空臆斷……。」
王澤鑑（2014），《民法總則》，修訂新版，頁72-74。
- [3] 最高法院70年台上3258號民事判決：「民法所謂習慣乃指社會慣行中，普通一般人確信其有拘束力，人人必須遵從，而後群居生活始能維持而言，……。」
- [4] 民法第2條：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。」
事實上，隨著時代變遷，「公序良俗」的概念亦可能有所不同。舉例而言，最高法院30年度渝上字第131號民事判例認為：「賣產應先問親房之習慣，有背於公共秩序，不能認為有法之效力。」也就是說，以前曾有「出售財產前需先詢問家族近親是否有意購買」的習慣，後來也被認定違反公共秩序，而不再適用。
- [5] 最高法院86年度台上字第1630號民事判決：「台灣之家產，自清代即屬父祖子孫所構成家屬之共同共有，日本據台後，仍然維持家產制度，戶主所有之財產，除有特別情事外，均屬此種財產；家產未經鬮分以前，係家屬全體之共同共有。」
- [6] 陳聰富（2016），《民法總則》，二版，頁25-26。
- [7] 最高法院103年度台上字第736號民事判決：「所謂法理，乃指法條中未揭示，而由法律根本精神演繹而得之法律一般原則，為事務本然或應然之理，以公平正義進行調和社會生活相對立的各種利益為任務；經由法理的補充功能得以適用包括制定法內之法律續造（如基於平等原則所作之類推適用）及制定法外之法律續造（如超越法律計畫外所創設之法律規範）。」最高法院101年度台上字第2037號民事判決亦採相同意旨。
- [8] 陳聰富（2016），《民法總則》，二版，頁28。
- [9] 最高法院82年度台上字第580號民事判決：「民法創設鄰地通行權之目的，原為發揮袋地之利用價值，使地盡其利，以增進社會經濟之公益，是以袋地無論由所有人或其他利用權人使用，周圍地之所有人及其他利用權人均有容忍其通行之義務。民法第七百八十七條規定土地所有人鄰地通行權，依同法第八百三十三條、第八百五十條、第九百十四條之規定準用於地上權人、永佃權人或典權人間，及各該不動產物權人與土地所有人間，不外本此立法意旨所為一部分例示性質之規定而已，要非表示於所有權以外其他土地利用權人間即無相互通行鄰地之必要，而有意不予規定。從而鄰地通行權，除上述法律已明定適用或準用之情形外，於其他土地利用權人相互間，亦應援用『相類似案件，應為相同之處理』之法理，為之補充解釋，以求貫徹。」
- [10] 最高法院101年度台上字第2037號民事判決：「……則上開增修之規定，經斟酌其立法政策、社會價值

及法律體系精神，應係合乎事物本質及公平正義原則，為價值判斷上本然或應然之理，自可引為法理而予適用。」

[11]最高法院101年度台上字第2037號民事判決：「在事實發生時縱無實定法可資適用或比附援引（類推適用），倘其後就規範該項事實所增訂之法律，斟酌立法政策、社會價值及法律整體精神，認為合乎事物本質及公平原則時，亦可本於制定法外法之續造機能，以該增訂之條文作為法理而填補之，俾法院對同一事件所作之價值判斷得以一貫，以維事理之平。」

[12]民法第764條第2項：「前項拋棄，第三人以有以該物權為標之物之其他物權或於該物權有其他法律上之利益者，非經該第三人同意，不得為之。」

[13]最高法院109年度台上字第918號民事判決：「查98年1月23日增訂之民法第764條第2項規定，拋棄物權，而第三人以有以該物權為標之物之其他物權或於該物權有其他法律上之利益者，非經該第三人同意，不得為之。乃本於權利人不得以單獨行為妨害他人利益之法理而設，即係源於權利濫用禁止之法律原則。此項規定，斟酌立法政策、社會價值及法律整體精神，應係合乎事物本質及公平原則，為價值判斷上本然或應然之理。對於該條文增訂前，拋棄物權而有上揭法條規定之情形時，自可將之引為法理而予適用，以保障第三人利益，維護社會正義。」

[14]王澤鑑（2014），《民法總則》，修訂新版，頁76-77。

陳聰富（2019），《民法總則》，三版，頁30-31。

[15]臺灣高等法院花蓮分院112年度家上字第3號民事判決：「依現今一般社會生活經驗，父母與成年子女間之關係，雖可見成年子女定期探訪父母，惟全然不予聞問或甚少探訪之情形，所在多見，難認在一般人心目中對於成年子女有探視父母之『權利』，已具有法的確信，非屬民法第1條所稱之習慣甚明。況且，成年子女探訪雙親，本於孝道，更應尊重父母意願。……本件上訴人父親○○○未受監護或輔助宣告，倘若賦予上訴人有探視其父之『權利』，容有無視其父意願而侵害其父自由權之疑慮。誠如離婚配偶之一方，對未成子女固有探視權，惟如子女業已成年者，即無所謂探視子女之權利，反之，亦無強要父母接受子女探視之義務，其理至明。因此，本件實無依照法理而創設『成年子女有探視具完全行為能力父母之權利』之必要。」

延伸閱讀

楊舒婷（2024），《法條中出現「應」與「得」，意思一樣嗎？有什麼例子？》。

張學昌（2022），《法條裡常出現「準用」兩個字。「準用」是什麼意思？》。

楊舒婷（2025），《法條中的「以上」、「以下」，包括數字本身嗎？刑、民法或其他法律有不同嗎？》。

標籤

法律，習慣，習慣法，法理，平等原則